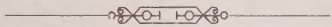
Zur

Lehre vom Zufall

bei der

Werkverdingung nach gemeinem Rechte.



Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

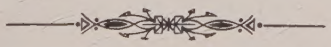
juristischen Fakultät der kgl. Universität Erlangen

vorgelegt

von

Dr. jur. Georg Schmauser

Rechtspraktikant am kgl. Landgerichte Nürnberg.



Erlangen.

Druck von Aug. Vollrath's k. b. Hofbuchdruckerei.

1891.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
zu Erlangen.
Referent: Herr Professor Dr. Hölder.

Seinen lieben Eltern

in

Liebe und Dankbarkeit

gewidmet

vom

Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535708_0199

Man versteht unter locatio conductio operis einen Vertrag, bei welchem sich der eine Kontrahent, locator, zur Zahlung einer merces, der andere, conductor oder redemptor genannt, zur Ausführung einer Arbeit verpflichtet, zu welchem Zwecke er dem andern mietweise seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt.

Übernommen wird also die Herstellung eines opus, eines abgeschlossenen Ganzen. Nicht einzelne Dienste sind der Inhalt der Leistung des conductor. Daraus folgt jedoch nicht, dass nicht die Arbeit vor ihrer Vollendung schon einen ökonomischen Wert haben könne. Aber beim Abschluss des Vertrages ist der Pateienwille auf Ausführung des opus gerichtet, d. h. der locator braucht nur opus consummatum anzunehmen. In seiner äusseren Erscheinung weist dieses opus die verschiedenste Gestalt auf; sein Inhalt kann sein die Bearbeitung oder Verarbeitung von Gegenständen, Transport von Sachen und Personen, Bauten, künstlerische und wissenschaftliche Leistungen.

Hier sei gleich erwähnt ein besonders heftiger Angriff, den Dankwardt (dogmat. Jahrbücher Bd. XIII.) gegen die eben vorgetragene Definition von der locatio operis führt. Diesen letzteren Begriff schränkt er nämlich sehr ein und scheidet davon jeden Vertrag aus, bei

welchem Jemand ein opus für Geld zu liefern verspricht, ohne sich zur Arbeit zu verpflichten. Den Vertrag dieses Inhalts will er nach Analogie des Lieferungskaufes behandelt wissen und nennt ihn Entreprise. Ich habe diese Untersuchung ohne viele Gewissensbisse übergehen zu können geglaubt.

In den meisten Fällen wird bei der Werkverdingung von seiten des locator eine zu bearbeitende Materie hingegeben, damit der Uebernehmer an oder mit ihr das beabsichtigte opus vornehme. Wir haben demnach sowol den casus, dem diese substantia, die res tradita, als auch den casus, dem das opus selbst unterliegt, unserer Betrachtung zu unterziehen. Substantia und opus unterliegen der Gefahr des Unterganges, der Verschlechterung. Wir fragen also: welchen Einfluss hat dieses periculum casus; worin besteht dasselbe; wer hat den Schaden von dem casus?

Ein Beispiel vermag uns am besten den Inhalt des periculum casus vor Augen führen.

Ich schliesse mit einem Juwelier einen Verdingungsvertrag dahin, dass er mir einen Stein in Gold fasse. Sowol der Stein, als auch die in Gold ausgeführte Arbeit kann zu Grunde gehen, ohne dass Jemand dolus oder culpa trifft, und zwar gibt es folgende Möglichkeiten:

1. der Stein geht noch vor Beginn der Arbeit zu Grunde, oder

2. der casus trifft den Stein, nicht zugleich das opus, während der Arbeit, oder

3. er trifft nur das opus, oder

4. er trifft Stein und Arbeit nach Ausführung des opus, aber vor der Ablieferung oder

5. der casus wendet sich gegen die bereits abgelieferte Arbeit oder endlich:

der Juwelier kann die begonnene Arbeit nicht zu Ende führen, weil er arbeitsunfähig wird oder aus einem sonstigen Grunde.

Um nun auf die einzelnen Fälle einzugehen, so betrachten wir zunächst den Unternehmer in seinem Verhältniss zur substantia, zur res tradia.

Offenbar ist die Sache hingegeben an den Unternehmer, damit dieser mit ihr das gewünschte Resultat herbeiführen könne. Der Unternehmer ist wie bei der Sachenmiete blosser Detentor; nur ist der Grund der Detention bei der Werkverdingung ein anderer; dort ist der Gebrauch der Sache Zweck des Vertrages, hier ist er nur Mittel zum Zwecke. Mit der Verpflichtung, das opus fertig zu stellen, geht stillschweigend Hand in Hand die Verpflichtung, zur Erhaltung der zu bearbeitenden Sache die möglichste Sorgfalt aufzuwenden; so l 13 § 1 D lib. XIX, tit. II: si culpa caret, non teneri navicularium ait Labeo.

Auf die Frage, ob diese Sorgfalt eine gesteigerte sein müsse, ob von dem Unternehmer custodia im „technischen Sinne“ zu prästieren sei, näher einzugehen, ist hier nicht geboten.

Meines Erachtens ist diese Frage zu verneinen.

Während also den Unternehmer jeder Schaden trifft, der aus einer Ausserachtlassung der ihm obliegenden Sorgfalt entspringt, bleibt der Besteller Eigentümer der res tradita und trägt als solcher den Zufall. Der Schaden besteht darin, dass der Besteller den Wert der Sache einbüsst; so entscheidet auch l 25 § 7 l. c.: qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset.

Ist hiermit nun der Schaden aus dem casus erschöpft oder nicht? Muss nun der Besteller auch noch den vereinbarten Preis bezahlen? Damit wenden wir uns zu der Frage: welchen Einfluss hat der casus rei auf die Obligation? Antwort auf diese Frage gibt uns l 10 D de lege Rhodia 14, 2. Diese Stelle handelt von einem Fall, in dem ein mancipium deportandum auf dem Schiffe gestorben ist, also vor Vollendung des opus. Der Sklave ist die res, die von dem casus getroffen wird; mit seinem Tode ist allerdings die Ausführung des opus gehindert; aber die Kosten für den Transport, die merces, muss der Besteller, wie Paulus entscheidet, erstatten. Und wenn auch der Entscheidung des Paulus das santionierende: „quae sententia ... probanda est“ nicht hinzugefügt ist, so ist sie doch schon durch die Stellung als ausschlaggebende bezeichnet, sowie sie auch mehr der Billigkeit entspricht. Denn durch den Tod des Sklaven vermindern sich die allgemeinen Transportkosten des Schiffers in keiner Weise; auch ist dieser nicht in der Lage, mitten während der Fahrt einen anderen Passagier aufzunehmen; ich verweise hier zugleich auf die korrospondierende l 19 § 7 l. c., wo der Jurist davon ausgeht, dass eine Frau auf dem Schiffe gebiert. Einen Fall, wo die res deterioriert wird, bespricht l 33 l. c.: si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilominus teneberis; auch hier ist die Rede von einem casus rei, vom Zusammensturz des solum; auch hier soll der Unternehmer keinen Schaden haben: tu, locator, teneberis, du wirst von deiner Verpflichtung, zu zahlen, nicht frei, du bleibst gebunden.

Wir entnehmen aus beiden Stellen: der casus hebt die Verpflichtung des Bestellers nicht auf, analog des bei der Dienstmiete geltenden Grundsatzes, welcher in der l 38 l. c. ausgesprochen ist: Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet.

Das Resultat ist also: für jeden casus, der die res tradita trifft, hat der **Besteller** aufzukommen, in dem Sinne, dass er den Wert der Sache einbüsst und die vereinbarte, wertentsprechende merces bezahlen muss.

Nur insoweit bedarf dieses Prinzip einer Präzisierung, als durch den casus, beziehungsweise durch die gehinderte Nichtfertigstellung der Arbeit der Unternehmer in vielen Fällen Zeit, Arbeit oder Kosten ersparen wird. Nach der allgemeinen Regel aber soll man von dem casus, der den Andern trifft, keinen Gewinn haben; der Unternehmer wird daher jene Ersparnisse am Lohne in Abzug bringen müssen; diese Ansicht findet ihre Bestätigung in der l 19 § 9 l. c., welche dies für die Sachenmiete ausspricht.

Eine Abweichung von dieser Regel findet natürlich bei der locatio operis irregularis statt, wo Gegenstand des Vertrages vertretbare Sachen sind mit der Massgabe, dass Sachen von gleicher Quantität und gleicher Güte zu restituieren sind; hier wird der Unternehmer Eigentümer der zu verarbeitenden Sache und hat als solcher für jeden diese treffenden Zufall aufzukommen. Im übrigen glaube ich, dass gerade bei der locatio operis eine derartige Bestimmung, wonach der Übernehmer Eigentümer der zu verarbeitenden Sache werden soll, nicht leicht denkbar ist, ohne den Vertrag zu einem anderen zu machen. Denn wenn ich dem Juwelier erlaube, mein Geld zu eigen zu haben und aus seinem Golde die Ringe herzustellen, dann dürfte keine Werkverdingung mehr vorliegen, vielmehr sagt der Jurist in l 2 § 1: verwendet der Juwelier aurum suum, placet magis emtionem et venditionem esse. Allerdings hält die communis opinio jene Abmachung auch bei der Werkverdingung für zulässig, gestützt auf l 31 l. c.

Wie die res dem casus ausgesetzt ist, so ist es auch die Verbindlichkeit des Übernehmers, indem sich Umstände hindernd in den Weg stellen können, welche der Ausführung und Fertigstellung der Arbeit entgegentreten; es ist dies das periculum casus für das facere, zu dem sich der Unternehmer verpflichtet hat. Solche Umstände können eintreten in der Person des Unternehmers selbst oder ausserhalb seiner Person; sie lassen sich besonders bei Bauten oder beim Transport denken, wo der Zufall in Stockungen des Verkehrs infolge heftigen Schneefalles oder anderer Naturerreignisse liegen kann.

Welchen Einfluss hat nun ein derartiger Zufall auf die Gegenleistung des Bestellers? Durch einen derartigen Zufall wird natürlich die Ausführung der Arbeit unmöglich. Bekommt nun der Unternehmer trotz der Unmöglichkeit das Werk fertig zu stellen, den Lohn?

Es ist dies die altbestrittene Frage, ob der Schuldner bei unverschuldeter Unmöglichkeit der eigenen Leistung die Gegenleistung erhält, bezw. behält; die altbestrittene Frage nach der Natur der gegenseitigen Verträge. Ich will mich im folgenden speziell auf diese Frage bei der Werkverdingung beschränken.

Hieher gehört die l 15 § 6 l. c.: Item, cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteret: rescriptum est ab Antonino Augusto, non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit. Quod in omnibus personis similiter observandum est. Es hatte jemand den Frachtlohn voraus bezahlt; das Schiff ging verloren, die Fahrt ist dadurch unmöglich geworden; Besteller kann, sagt der Jurist, den Frachtlohn zurückverlangen. Der casus, der sich gegen das facere wendet und die Leistung des Unternehmers unmöglich macht, bewirkt,

dass die Gegenleistung wegfällt, wirkt obligationsaufhebend.

Diese Quellenentscheidung ist auch aus dem Wesen des Vertrages der Werkverdingung heraus vollständig begründet. Denn der Wille der Parteien ist der:

Ich stelle meine Arbeitskraft dir zur Verfügung zwecks Ausführung der Arbeit, wenn du mir dafür den entsprechenden Lohn bezahlst; oder umgekehrt: ich gebe dir den Lohn, wenn du mir deine Arbeitskraft mietweise überlässest; d. h. jeder Kontrahent verpflichtet sich, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, vorausgesetzt, dassauch de r andere Kontrahent sie erfüllt, beziehungsweise sie zu erfüllen bereit ist. Es ist offenbar, dass die beiden Verpflichtungen in einem Abhängigkeitsverhältniss stehen, und dass hier von zwei selbständigen Obligationen keine Rede sein kann. Ein Beispiel von zwei von einander unabhängigen Obligationen mag wohl am besten den Gegensatz zum Ausdruck bringen.

A. gibt den B. 100 Mark als Darlehen, B. schenkt dem A. sein Reitpferd. Es ist zweifellos, dass der Wegfall einer von diesen beiden Leistungen die andere nicht im mindesten alteriert.

Ganz anders steht es mit den Leistungen des Bestellers und des Unternehmers. Hier ist jeder zugleich Gläubiger und Schuldner und zwar so, dass die Gläubiger- und Schuldnereigenschaft auf demselben Rechtsgrunde beruht. Diese Abhängigkeit beider Leistungen ist im Augenblicke ihrer Entstehung gegeben; das qualifizierte Entstehen bedingt aber auch ein qualifiziertes Bestehen derselben, d. h. gegenseitige Abhängigkeit. Die Unmöglichkeit der Leistung des einen Kontrahenten befreit auch den andern. So folgt also

auch aus dem Wesen des Vertrages, dass der Besteller nicht zu zahlen braucht, wenn der Unternehmer nicht leistet, oder wenigstens zur Leistung nicht bereit ist.

Für den ersten Augenblick scheint dieses Resultat mit dem oben angegebenen, wo wir von dem die substantia, die res tradita treffenden casus handelten, unvereinbar zu sein. Hier legen wir dem Zufall obligationsaufhebende Kraft bei, dort stellten wir den Satz auf: der Besteller müsse den Preis bezahlen, wenn auch mit Abzug des durch die Nichtfertigstellung der Arbeit an Zeit u. s. w. Ersparten, obwohl die Ausführung der Arbeit gehindert ist. Der Grund der Nichtfertigstellung ist aber hier ein ganz anderer als dort. Wendet sich der Zufall gegen das facere, so ist damit eine Unmöglichkeit der Leistung des Unternehmers gegeben. Ganz anders aber in dem oben erörterten Falle, wo der Zufall auf der Seite des Bestellers eintritt. Für den Unternehmer genügt es, wenn er bereit ist seiner Verpflichtung nachzukommen, und es nicht an ihm gelegen ist, dass diese Arbeitskraft nicht verwendet werden kann. Die bereits zitierte l 38 l. c. sagt dies ja mit klaren Worten; und dass der Zufall nicht auf die Gegenseite übergewälzt werden darf, ergibt sich schon aus dem Satze: casus a nullo praestantur.

So steht also für uns auf Grund dieser Ausführung fest, dass der Besteller keinen Lohn bezahlen muss, wenn durch einen Zufall die Leistung des Unternehmers unmöglich geworden ist.

Setzen wir nun aber weiter den Fall, der die Leistung des Unternehmers treffende Zufall tritt erst in einem Moment ein, wo dieser schon eine Zeit lang thätig war; der casus tritt also während der Arbeit der Vollendung hindernd entgegen, ohne das bisher Ausgeführte zu vernichten. Die Frage ist auch hier

im Fall der partiellen Unmöglichkeit der Leistung wiederum: worin besteht das periculum casus? Welchen Einfluss hat dieser auf die Obligation?

Die Werkverdingung ist eine obligatio faciendi; quotiens autem faciendum datur, locatio est, l 22 § l. c.; der Unternehmer verspricht Dienstleitungen, welche ein einheitliches Resultat bezwecken. So sagt Paulus in l 5 de V. S.: opere locato conducto: his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci *ἀποτέλεσμα* vocant (non *ἔργον*), i. e. ex opere facto corpus aliquod perfectum. Die Verbindlichkeit des Unternehmers ist demnach eine unteilbare; die Erfüllung erscheint als unteilbare Einheit, sie kann nicht stückweise vorgenommen werden. Diese Unteilbarkeit ist m. E. besonders betont in l 72 D de verborum oblig. 45, 1. Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt; et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, horum enim divisio corrumpit stipulationem. Hier ist gesagt: eine Teilung von Leistungen, wie eines Hausbaues vel quid his simile, vernichte die Stipulation, d. h. nur das ganze, das einheitliche Werk ist Inhalt derselben. Celsus tamen refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere; ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici, iusta aestimatione facti dandam esse petitionem. Celsus jedoch sagt: es könne doch eine Teilung eintreten, nämlich eine nachträgliche; wenn die Leistung nicht erfüllt sei, dann trete an Stelle des opus das Interesse. Darum müsse man eine Klage geben scil. stipulatori; aber hier trete nun jene nachträgliche Teilbarkeit des opus ein, indem dieser nicht auf das ganze Interesse klagen könne; sondern er muss, wenn etwas geleistet, dieses abschätzen lassen und dies sei beim Interesse in Abrechnung zu bringen. Aus der Stelle geht hervor, dass der Jurist

annimmt, der promissor habe zum Teil geleistet. Für den Grund der nicht vollständigen Leistung ergibt sich aus den Worten: „si non fuerit factum, pecuniam dari oportere“ in Verbindung mit l 69 eiusd. tit., dass hier der Jurist ein periculum culpae im Auge hatte. Wenn aber die Teilleistung zu berücksichtigen und in Ansatz zu bringen ist, wenn culpa der Grund für Nichtausführung der Arbeit ist, so ist diese Berücksichtigung noch viel mehr am Platze, wenn ein casus vorliegt, wenn also eine partielle Unmöglichkeit der Leistung des Unternehmers gegeben ist. Auch trifft der Jurist Ulpian diese Entscheidung bei einer Stipulation, bei einer obligatio stricti juris; um so mehr wird sie dann bei einer oblig. bonae fidei Anwendung finden, wo der Richter gehalten ist ex bona fide zu urteilen.

Wir entnehmen also aus dieser Stelle, dass der Unternehmer einen Anspruch auf Entschädigung für eine **Teilleistung** hat.

Freilich gestehe ich, dass gerade diese l 72 in der Literatur eine ganz andere Auffassung erfahren hat, als die eben von mir vorgeführte. Sie wird nämlich gewöhnlich bei der Haftung des Solidarschuldners verwendet; aber wie ich glaube, ganz mit Unrecht. Der Fehler liegt m. E. darin, dass man gewöhnlich von der Annahme ausgeht, der Jurist spreche hier von einem Fall, wo das Werk, beziehungsweise das Interesse, nicht mehr vom promissor zu leisten sei, sondern wo zum periculum culpae ein Uebergang der Leistung auf mehrere Erben des Schuldners gekommen sei. Ich begreife nicht, wie man dazu kommt, die petitio in unserer Stelle gegen Solidarschuldner gerichtet anzusehen, was Autoren wie Vangerow, Brinz, Huschke u. A. gethan haben. Vielleicht liegt der Anlass zu dieser Auffassung in einer irrtümlichen Nebeneinanderstellung dieser Stelle mit der l. 85 desselben Titels, wo allerdings den Ausgangspunkt

für die Untersuchung von Paulus ein Fall bildet, wo an Stelle des ursprünglich Obligirten Erben getreten sind.

Der Unternehmer bekommt also bei partieller Unmöglichkeit der Arbeitsausführung die entsprechende Quote der merces, vorausgesetzt, dass die Teilleistung für den Besteller einen ökonomischen Wert hat. Gerade die Worte: justa aestimatione facti in unserer l 72 D 45,1 zeigen uns den richtigen Weg bei der Beantwortung vorliegender Frage. Weil das opus eine einheitliche Leistung ist, so entspricht nicht jedem Teil der Leistung ein Teil der Gegenleistung, wie bei der Dienstmiete; darum auch das Bedürfnis einer vorherigen aestimatio gegeben ist, wenn nur eine Teilarbeit vorliegt. Es ist ja möglich, dass die Teilleistung für mich gar keinen Wert hat; wenn ich mich bei einem Künstler malen lasse, und das Bild ist zur Hälfte fertig, zur anderen Hälfte nur entworfen, so hat offenbar diese Teilarbeit für mich keinen Wert; es müsste denn sein, dass der Maler einen so grossen Ruf geniesst, dass als Werk eines berühmten Malers auch die Teilleistung mir wertvoll ist, und wäre sie auch nur die Hälfte meines Gesichts.

Diese Voraussetzung ist also bei der Frage stets entscheidend. Der Unternehmer verpflichtet sich zu einem facere nicht schlechthin, sondern zu einem opus facere. Dieser Punkt unterscheidet auch in erster Linie die Werkverdingung von der Dienstmiete. Gegenstand der Dienstmiete sind operae, d. h. Dienste, Leistungen an und für sich, Gegenstand der Werkverdigung ist das opus, d. h. die Fertigstellung und Ausführung eines vollendeten, abgeschlossenen Werkes. Hat der Unternehmer daher nur eine Teilarbeit ausgeführt, so hat er nicht erfüllt; und besitzt diese für mich keinen Wert, so bin ich auch nicht zur teilweisen merces verpflichtet. Vielmehr treten in diesem Fall die Grundsätze von der to-

talen Unmöglichkeit der Leistung in Geltung; auch hier wirkt der casus obligationsaufhebend.

Jeder casus, der das facere hindert, wirkt mittelbar auch auf die Arbeit ein. Der Zufall kann sich aber auch direkt gegen die Arbeit wenden und diese vernichten.

Eine derartige Wirkung ist ganz verschieden von den bis jetzt besprochenen Fällen und ist wiederum verschieden, je nachdem der die Arbeit vernichtende Zufall vor oder nach der Erfüllung der Leistung des Unternehmers eintritt. Wann hat nun der Unternehmer erfüllt?

Der Unternehmer verpflichtet sich zu einem facere, gerichtet auf Herstellung eines der Bestellung gemässen, fehlerfreien Werkes: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem. Er hat den Anspruch auf die merces erst, wenn er die Arbeit ausgeführt hat und ist im Augenblicke der Fertigstellung seiner Verbindlichkeit nachgekommen. Freilich muss die Arbeit auftragsgemäss, fehlerfrei hergestellt sein; ist dieses nicht der Fall, dann braucht der Besteller nicht anzunehmen und kann, wenn er bereits angenommen hat, gegen den Unternehmer auf Erfüllung klagen. Bis zur Fertigstellung der annahmefähig ausgeführten Arbeit hat der Unternehmer für jeden Zufall, von dem diese betroffen wird, aufzukommen, nach diesem Zeitpunkte und von diesem Momente an aber der Besteller. Mit der Fertigstellung ist der Unternehmer von seiner Verpflichtung liberiert, und es ist zu seiner Liberierung nicht erst noch ein besonderer Akt notwendig, in dem die Annahmefähigkeit der Arbeit von dem Besteller erst ausgesprochen werden müsste, d. i. die Approbation. Als Wendepunkt für den Übergang der Gefahr ergibt sich demnach: der Abschluss der Arbeit mit der Voraussetzung der Approbationsfähigkeit derselben.

Dies spricht klar und deutlich die l 37 l. c. aus: detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.

Mit diesem Resultat scheint l 36 pr und l 62 l. c. nicht übereinzustimmen: opus, quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculo est und:

si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est.

In diesen Stellen scheint als Uebergangspunkt der Gefahr die Approbation statuiert zu sein. Mommsen ist der Ansicht, dass in beiden Stellen antiquirte Ansichten referiert werden, welche schon zur Zeit Justinians aufgegeben waren. Ich für meinen Teil bin nicht der Ansicht, dass uns die beiden Stellen zwingen, die Liberierung des Unternehmers auf einen weiteren Zeitpunkt als den der Fertigstellung der Arbeit hinauszuschieben, und zwar auf Grund folgender Erwägungen. Einmal zeigt uns gerade diese l 62 in ihrer Fortsetzung: „Immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum; si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum“ dass der Jurist davon ausgeht, dass der Unternehmer für den Fall, dass das fertiggestellte Werk ein Unfall trifft, nur dann nicht befreit werde, wenn das opus nicht annahmefähig hergestellt war. Er führt die labes, d. i. eben den casus, auf ein operis vitium zurück. Dann ist aber auch keine Annahmefähigkeit gegeben; vielmehr haftet in diesem Fall, wie bereits oben ausgeführt, der Unternehmer zweifellos für die labes; denn diese ist dann die Folge schlechter Arbeit oder Mangels der zur Herstellung des rivus erforderlichen Kenntnisse; und auch in dem letzteren Fall haftet selbstverständlich der Unternehmer auch nach Ausführung des opus noch unbedingt: imperitiam culpae adnumerandam scripsit, l 9 § 5 l. c. So folgt also auch aus dieser Stelle wiederum: Nur für den

Fall einer nicht richtig ausgeführten Arbeit trägt der Unternehmer den die Arbeit treffenden casus. Sodann geht dies aber auch aus der l 24 l. c. hervor: Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset. Wir sehen aus dieser Stelle, dass die Genehmigung seitens des dominus, d. i. des Bestellers, auf besondere Vereinbarung beruhen kann; aus diesem Umstande aber, dass es hiezu einer lex, einer Vereinbarung bedarf, folgt, dass die Approbation eben nicht, wie Andere annehmen, ein essentiale negotii ist.

Mit der Vollendung des Werkes geht die Gefahr auf den Besteller über. Und wenn daher auch in l 36 pr. die Approbation als Wendepunkt für den Übergang der Gefahr hingestellt wird, so wollte mit „Approbation“ der Jurist nur den Zeitpunkt der Vollendung hezeichnen; und es ist diese Bezeichnung auch leicht erklärlich; denn gerade die Approbation ist, wie Brinz sagt, „der vornehmste und sicherste Beweis für die Probehaltigkeit.“

Damit ist keineswegs die Frage entschieden, ob die Verbindlichkeit des Unternehmers eine Bringschuld oder eine Holschuld ist. Die Beantwortung dieser Frage ist gänzlich ohne Belang für die von uns erörterte Frage, wer von dem Zeitpunkt der Fertigstellung der Arbeit an für den Zufall aufzukommen hat, den diese Arbeit trifft. Als Resultat dieser Ausführungen stellen wir daher dem Satze: „perfecta emtione detrimentum ad emtorem pertinet“ den andern zur Seite: **perfecto opere** detrimentum ad **locatorem** pertinet.

Durch besondere Vereinbarung der Parteien kann ausgemacht werden, dass der Lohn nach Massen oder Tagschichten ausbezahlt werde. Hier übernimmt der Besteller von dem Moment an, wo das Stück, für welches

der Lohn ausbedungen wurde, hergestellt und zugemessen ist, die Gefahr für jeden Zufall; quod vero ita conductum est, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit. Das ist z. B. der Fall, wenn ich mir einen Graben ziehen lasse und ich verpflichte mich, für jeden Meter eine bestimmte Summe zu bezahlen. Das „ad“ in dem Wort admensum bedeutet auch hier nicht etwa, dass der Besteller zugegen sein müsse, sondern bezeichnet nur die Zurdispositionsstellung.

Ist jedoch der Zufall ein potenzierter, d. h. wird die Arbeit von vis maior getroffen, dann steht hiefür nach der herrschenden Ansicht der Besteller ein und zwar trägt er den Schaden, auch wenn die Arbeit noch nicht fertig gestellt ist. Diese Ausnahme zu machen scheint mir ebenso bedenklich als unnötig. Bedenklich deshalb, weil die Grenze zwischen casus und vis major, zwischen Zufall und „unabwendbarem Zufall,“ wie unsere Reichsgesetze jenen Ausdruck übersetzen, eine äusserst schwankende ist, sowohl in abstracto als auch in konkreten Fall; unnötig aber auf grund folgender Betrachtungen. Die Veranlassung zur Aufstellung dieser Ausnahme waren die l 36 und l 59 l. c.

Was erstere anlangt: si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, so spricht diese Stelle, wie bereits Mommsen dargethan hat, von einem vollendeten Werke. Um diese Ansicht ist auch die einzig richtige trotz der Ausführungen von Windscheid. Dieser sagt nämlich, es ginge nicht an, dass man die Stelle am Schlusse von einem perfectum opus verstehen könne, wenn man sie am Anfange von einem imperfectum opus verstehe. Nun geht aber den zitierten Worten direkt der Satz voraus: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus adprobetur vel admetiatur, wo der Jurist doch

offenbar, um von mora accipientis reden zu können, an eine ausgeführte Arbeit denken muss. Der Einwand Windscheid's ist also hinfällig. Da wir aber, wie ausgeführt, davon ausgehen, dass das periculum aus einem Zufall, der die Arbeit trifft, schon mit der Vollendung, nicht erst mit der Approbation auf den Besteller übergeht, so ist es ganz gleich, ob der Umstand, der hinterher eintritt, Zufall oder sogenannter unabwendbarer Zufall ist; für den einen wie für den andern hat der Besteller in gleicher Weise aufzukommen. Die Stelle ist daher m. E. nicht dazu angetan, bei vis maior eine Ausnahme aufstellen zu müssen.

Vielmehr scheint allerdings die Ausnahme gerechtfertigt mit Hinblick auf die l 59 l. c. Hier trägt Javolenus folgenden Fall vor: Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat; deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus: si vi naturali, veluti terrae motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum. Der Jurist sagt also: auch wenn nur ein Teil des Hauses durch einen terrae motus eingestürzt ist, so trägt der Besteller Flaccus die Gefahr.

Wenn nun auch einerseits zugegeben ist, dass der Schaden, der dem Besteller durch den Erdrutsch dadurch erwächst, dass er seinen Bauplatz verliert oder wenigstens momentan nicht verwerten kann, dass es dieser Schaden nicht allein ist, den der Jurist mit den Worten Flacci esse periculum im Auge hat, und wenn eine Interpretation dahin, dass der terrae motus auf ein vitium substantiae, auf ein vitium soli zurückzuführen wäre, mindestens als gewagt erscheinen dürfte, so ist auf der anderen Seite doch ebenso zu betonen, dass es nicht heisst: Flaccum ex locato teneri. Nur wenn letzteres der Fall wäre, könnte man mit Recht die Stelle als Beweis für die Behauptung anführen: bei einem die Teilarbeit treffenden und diese vernichtenden casus be-

kommt der Unternehmer die entsprechende merces. Dieses ist aber nicht der Fall; auch enthalten die Ausführungen Wächter's im Archiv für ziv. Praxis (s. u.) für die Annahme: locatoris periculo est heisse soviel, als der locator, d. i. der Gläubiger muss zahlen, ungeachtet er die Gegenleistung nicht bekommt, keine strikten Beweisgründe. Es heisst vielmehr in unserer Stelle Flacci esse periculum, scil. concussi aedificii. Der Jurist sagt also, in dem angenommenen Fall trägt der Besteller den Schaden, den Schaden von dem Einsturz des Hauses, also nicht nur den der zerstörten area, sondern auch den des verbauten und verarbeiteten Stoffes. Und zwar macht der Jurist keinen Unterschied, ob das Material von dem Besteller oder dem Unternehmer hingegeben ist; stets soll den Schaden der Besteller tragen. Gerade die Entscheidung für den letzteren Fall entspricht auch dem Wesen des Vertrages. Der Baumeister vermietet nichts weiter als seine Arbeitskraft, seine opera; locat operam suam, i. e. faciendi necessitatem. Ihm ein Risiko für das verbaute und verarbeitete Material aufbürden zu wollen, wäre höchst ungerechtfertigt. Er verarbeitet das Material im Interesse des Bestellers; das Material geht mit und durch die Verarbeitung in das Eigentum des Bestellers über und das bei jeder Werkverdingung, sei es nach den Grundsätzen der Verbindung von beweglichen mit beweglichen Sachen, oder nach denen der inaedificatio; vergl. l 22 § 2 pr. cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem eorum quidem ad me transfert, et tamen locatio est. Darum sagt der Jurist mit recht, aedificii concussi periculum locatoris est. Die Stelle zwingt uns daher, das oben gefundene Resultat dahin auszudehnen, dass **der Besteller** den casus nicht nur für die hingegebene res, sondern auch für den mit der res verbundenen Stoff zu tragen hat. Es ist m. E. diese Entscheidung auch ganz und gar der Billigkeit entspre-

chend, wenn wir die Verpflichtung des Unternehmers streng im Auge behalten, und darum die enge Begrenzung des § 576 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, der dem Besteller die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung des von ihm zur Herstellung des Werkes beschafften Stoffes, nicht des verarbeiteten Stoffes überhaupt, tragen lässt, nicht zu billigen.

Das Material steckt in dem opus, ist in diesem verarbeitet. Wenn wir nun jetzt zur Aufstellung des Satzes: „für den verarbeiteten Stoff trägt der Besteller die Gefahr eines zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung“ gekommen sind, so drängt sich uns die Frage auf, ob dieses Resultat nicht im Widerspruch stehe mit dem gleichfalls aufgestellten Satze: bis zur Vollendung der Arbeit trägt der Unternehmer den Zufall, von dem das opus getroffen wird.

Die Nebeneinanderstellung dieser beiden Sätze führt uns auf die Frage; was versteht man unter „Arbeit,“ was unter „opus?“ Der Begriff Arbeit bedeutet in der deutschen Sprache zweierlei; einmal die Arbeit in abstracto, die Tätigkeit des Arbeitens und sodann das durch diese Arbeit in die äussere Erscheinung getretene Resultat, das Arbeitsprodukt. Dem entspricht ganz genau das lateinische opus; auch opus bedeutet einmal die Arbeit in abstracto und dann das Arbeitsprodukt, was gerade in der bereits angeführten l 5 D 50, 16 klar zum Ausdrucke kommt; dort definiert Labeo den einen Begriff opus mit Zuhilfenahme des anderen Begriffes: opus, i. e. ex opere facto u. s. w. Der Unterschied kommt auch bei dem Worte Werkverdingung in Betracht, wo Werk nicht sowohl das fertiggestellte corpus, als die Arbeit bedeutet; denn ein Werk i. S. eines Gegenstandes kann ich nicht verdingen; das kann ich nur übergeben, abliefern; verdingt wird vielmehr die Arbeit zur Ausführung des Werkes.

Wenn wir daher eben zu dem Schlusse gekommen sind, dass für den Stoff, der ja auch in dem opus als corpus steckt, der Besteller die Gefahr des Zufalls trägt, so ist der andere Satz: bis zur Vollendung der Arbeit trägt der Unternehmer die Gefahr des Zufalles für das opus, genauer dahin zu präzisieren: Der Unternehmer hat den Schaden aus einem casus, der die Arbeit als solche trifft, sodass er eventuell für seine opera nichts bekommt, die etwaigen Auslagen für verarbeiteten Stoff jedoch stets ersetzt erhält.

Die bereits erörtete l 59 l. c. hat uns zugleich auf die Frage geführt: Wie verhält es sich, wenn der Zufall vorher eintritt und das teilweise fertig gestellte Werk vernichtet? Wir setzen also voraus: Das Werk, das teilweise ausgeführt ist, geht unter. Worin besteht hier das periculum casus? Die eine Wirkung ist die, dass der Unternehmer für die aufgewendete Mühe keine Entschädigung bekommt, dass er umsonst gearbeitet hat. Die andere ergibt sich, wenn wir nach dem Einflusse des Zufalls auf die Verpflichtungen der beiden Kontrahenten fragen.

Windscheid sagt a. a. O.: Ist das Werk zu der Zeit, wo es zu Grunde geht, teilweise ausgeführt, so erhält der conductor operis den entsprechenden Teil des Lohnes; das beweisen l 59 und l 33. Auch ergebe sich dies aus der Verbindlichkeit des Unternehmers, indem bei der Werkverdingung, in gleicher Weise wie bei der Dienstmiete, jedem Teil der Leistung ein entsprechender Teil der Gegenleistung gegenüberstehe.

Was zunächst die angeführten Stellen betrifft, so ergibt sich aus der bisherigen Untersuchung, dass die l 59 nicht von der Verpflichtung des Bestellers, entsprechenden Lohn zu bezahlen, sondern von dessen Verpflichtung, den Schaden aus dem Einsturz des Hauses

zu tragen, spricht, da der Jurist nicht sagt, Flaccum ex locato teneri.

Von der weiter zur Begründung der Windscheid'schen Ansicht angezogenen l 33 aber: Quemadmodum, inquid, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilominus teneberis ist zunächst festzustellen, dass die Annahme, der Unternehmer habe hier das Werk teilweise ausgeführt, weder in dem zitierten noch in dem vorhergehenden Satze der Stelle eine Rechtfertigung findet; sodann aber spricht ja diese Stelle von einem Zufall, der das solum trifft und — auch wenn wir die von den Gegnern gesetzte Voraussetzung annehmen — doch erst in zweiter Linie das mit dem solum verbundene opus. Das solum aber ist die res tradita; und dass in dem Falle, dass sich der Zufall gegen die res tradita sc. a locatore richtet, der Besteller von seiner Verbindlichkeit überhaupt nicht befreit wird, das wurde oben dargethan. Der Schluss dieser Stelle, der von dem einen verpachteten fundus treffenden Zufall spricht, bietet uns zugleich ein weiteres Argument für die obige Darlegung: sin vero ab eo interpellabitur (colonus), quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere aut reddere debebis. Wie hier im Falle eines das Pachtobjekt treffenden Zufalles kein Pachtschilling gezahlt zu werden braucht, so hat bei der Werkverdingung der Unternehmer keinen Anspruch auf die merces, wenn seine Arbeit von einem Zufall betroffen wird.

Aus den beiden Stellen kann demnach Windscheid für seine Ansicht nichts folgern. Was aber seine andere Beweisführung anlangt, jedem Teil der Leistung stehe ein Teil der Gegenleistung gegenüber, so ist das nie zuzugeben und ist oben das direkte Gegenteil aus dem Wesen des opus consummatum hinlänglich bewiesen.

Das Resultat, das aus dem Inhalte der Verbindlichkeit des Unternehmers folgt: Der Unternehmer hat keinen Anspruch auf Entschädigung seiner Arbeit, keinen Anspruch auf die entsprechende Quote der merces, wenn das Werk vor der Vollendung durch einen Zufall vernichtet oder verschlechtert wird, da er sich eben nur mit dem vollendetem Werke liberieren kann, da bei der Werkverdingung als einer unteilbaren Obligation jede stückweise Erfüllung ausgeschlossen ist, ist auch das Endergebnis der Mommsen'schen Erörterungen a. a. O. Nur möchte ich mich auch mit der Beweisführung dieses Autors nicht für einverstanden erklären. Er legt nämlich auf die lex 33 überhaupt kein Gewicht, einmal weil die Äusserung, um welche es sich hier handelte, nur ganz beiläufig (!) vorkomme, sodann, sagt er, passe sie so wenig in den Text, dass man nicht umhin könne anzunehmen, dass bei der Aufnahme dieser Stelle in die Pandekten sehr erhebliche und noch dazu unverständliche Änderungen vorgenommen worden sind. Auf die l 59 will er ebenfalls kein Gewicht gelegt wissen, indem er annimmt, dass Massurius Sabinus, dessen Ansicht Javolenus hier referiert, in diesem wie in andern Punkten anderer Ansicht als Labeo gewesen sei, und seine Entscheidung einfach ignoriert.

Ich glaube, es widerspricht keine Stelle der von mir vertretenen Ansicht; und da diese als notwendiges Ergebnis der Verbindlichkeit des conductor operis sich ergibt, so können wir ja ruhig auf einen positiven Beleg aus den Quellen selbst verzichten.

Der Unternehmer trägt den Schaden aus einem Zufall für seine Arbeit bis zur Vollendung derselben. Welchen Einfluss hat es nun, wenn sich der Unternehmer bei der Ausführung und Fertigstellung des versprochenen Werkes fremder Hilfe bedient; wenn er die Ausführung ganz oder teilweise einem Gehilfen oder

Vertreter überlässt? Auch in diesem Fall ist das opus, die Arbeit, der Gefahr des zufälligen Unterganges wie der zufälligen Verschlechterung ausgesetzt.

Es handelt sich hier nicht um jene brennende Frage, inwieweit der conductor operis für seine Gehilfen haftet. Denn diese Frage setzt ja die Annahme eines dolus oder einer culpa voraus. Und wenn auch im vorliegenden Fall öfter von einer Haftung gesprochen wird, so ist doch diese Ausdrucksweise als höchst inkorrekt entschieden zu misbilligen. Die Begriffe Zufall und Verantwortlichkeit, beziehungsweise Haftung schliessen sich gegenseitig aus.

Die bereits einmal erwähnte l 25 § 7 l. c.: qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset, geht davon aus, dass der Unternehmer den Transport einer Sache übernommen hat. Während des Transportes wird dieselbe zerbrochen, ohne dass jemand Schuld trifft: der Unternehmer steht für diesen Schaden, sagt der Jurist, nicht ein.

Einen ähnlichen Fall erörtert l 13 § 1 l. c.: si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit, et cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit, eaque navis in ostio fluminis perierit: tenetur primus navicularius. Labeo: si culpa caret, non teneri ait: caeterum, si vel invito domino fecit, vel quo non debuit tempore, aut si minus idoneae navi imposuit, tunc ex locato agendum. Der Schiffer konnte in den Hafen nicht einlaufen; er lud die ihm zum Transport übergebene Sachen in ein anderes Schiff; dieses Schiff ging an der Mündung des Flusses zu Grunde. Dafür könne er, sagt Labeo, nicht

verantwortlich gemacht werden. — In beiden Stellen hat sich also der Unternehmer bei Ausführung der Werkverdingung fremder Hilfe bedient; beide Stellen setzen den Fall, dass die dem Unternehmer anvertraute Sache während der Ausführung der Arbeit in kasueller Weise einen Schaden erleidet. Sie entscheiden nicht die Frage, wer den Schaden davon zu tragen hat, dass nunmehr die Vollendung der Arbeit gestört ist, sondern sie sprechen lediglich von dem Schaden, der durch Beschädigung der dem Unternehmer anvertrauten Sache entstanden ist; sie handeln also nur von der dem Unternehmer betreffs der übergebenen Sache obliegenden Diligenz.

Da wir auch sonst keine hieher gehörige Quellenentscheidungen aufzufinden vermochten, so müssen wir diese Frage lediglich aus dem Inhalte des Vertrages und nach allgemeinen Grundsätzen zu beantworten suchen. Dass den Schaden aus einer zufälligen Vernichtung der Teilarbeit der Unternehmer zu tragen hat, ist m. E. hinlänglich bewiesen. Der Unternehmer kann sich nur mit dem opus consummatum liberieren. Gehilfen zuzuziehen ist ihm stets da erlaubt, wo es nicht in direktem Widerspruch mit den Parteienvereinbarungen steht. Wird nun hiedurch, dass er sich fremder Hilfe bedient, etwa seine Verpflichtung gegen den Besteller modifiziert? Ganz gewiss nicht. Es lässt sich wenigstens kein vernünftiger Grund für irgend welche derartige Modifikation denken. Der Gehilfe, bezw. Vertreter steht zu dem Besteller in gar keinem Verhältnisse und ist auch nicht in der Lage, das Verhältnis zwischen diesem und dem Unternehmer zu beeinflussen. Wie daher der Unternehmer das periculum casus operis in dem angegebenen Sinne zu tragen hat bei eigener Arbeit, so auch dann, wenn er sich bei Ausführung des Werkes fremder Hilfe bedient. Es ist absolut unnöthig, dies erst auf die Annahme einer in jedem Fall stillschwei-

gend übernommenen besonderen Garantie oder einer in der merces enthaltenen Assekuranzprämie zurückführen zu wollen; es ergibt sich dies sofort aus der Verpflichtung des Unternehmers bei der Werkverdingung.

Die Frage ist bei der Weitverzweigtheit und der immer stärker werdenden Arbeitsteilung gerade der unter die Grundsätze der locatio operis fallenden Geschäfte von ziemlicher Bedeutung. Man denke nur an das Transportgeschäft oder eines der wichtigsten der heutigen Bankgeschäfte, das Depositengeschäft. Denn auch letzteres kann m. E. richtiger Weise nur als eine Werkverdingung betrachtet werden; und es ist unmöglich, dasselbe mit der communis opinio als ein depositum regulare anzusehen und zu beurteilen. Ich erlaube mir, da eine vollständige Erörterung über den Rahmen dieses Themas hinausgehen würde, nur kurz auf den Inhalt des Depositengeschäfts hinzuweisen. Der Bankier verpflichtet sich gegen einen bestimmten Depositalzins zur Aufbewahrung der hinterlegten Papiere, wie auch zu anderen merkantilen Arbeitsleistungen. Wenn nun einerseits schon die Vereinbarung, bzw. Voraussetzung eines Entgeltes dem römischen depositum total widerspricht, l 1 § 8 und 9 Dig 16,3, so ist andrerseits der Inhalt der von dem Unternehmer, von dem Bankier übernommenen Verpflichtung nichts anderes als das facere eines opus. Wie das Transportgeschäft in der Transferirung einer Sache de loco in locum besteht, so gipfelt das Depositengeschäft in der Transferierung der anvertrauten Papiere de tempore in tempus.

Es lässt sich die gegenteilige Ansicht m. E. nicht halten; so z. B. Gareis, Lehrbuch des deutschen Handelsrechtes, 1884 S. 452 Anm. 9, welcher überdies noch die Begriffe Depositen- und Depôtgeschäft mit einander verwechselt.

Es bleibt uns jetzt nur noch die Untersuchung über die Frage übrig: welchen Einfluss hat der die Teilarbeit vernichtende Zufall auf die Obligation?

Es ist natürlich, dass diejenigen, welche eine Entschädigung der teilweise ausgeführten, nachher durch Zufall zu Grunde gegangenen Arbeit als begründet annehmen zu müssen glauben, den Satz aufstellen: die teilweise Ausführung des opus sei als teilweise Erfüllung anzurechnen, der casus befreie den conductor operis von jeder weiteren Verbindlichkeit.

Die vorhergehenden Ausführungen führen uns zu einem andern Resultate. Der Übernehmer trägt bei der Werkverdingung die Gefahr für jeden Zufall, der die Teilausführung trifft. Die Gefahr besteht aber nicht nur darin, dass er umsonst gearbeitet hat, sondern dass er auch von neuem mit der Ausführung anfangen muss.

Der Unternehmer verpflichtet sich zu einem facere. Wird nun das opus imperfectum von dem Zufall getroffen, so liegt doch keine Unmöglichkeit der Leistung vor; durch den Zufall ist das facere nicht im mindestens alteriert worden.

Beispiel: Ich übergebe dem Glaser einen goldenen Rahmen mit dem Auftrage, in demselben das zerbrochene Spiegelglas zu erneuern. Bevor der Mann die Arbeit vollendet, geht die ganze Arbeit aus einem ihm nicht anrechenbaren Umstande zu Grunde. Soll nun durch diesen Zufall der Vertrag zwischen mir und dem Glaser gelöst sein? Ich glaube nicht. Der Glaser hat ja die übernommene Arbeit nicht erfüllt; wenn er nicht von neuem anfängt, so klage ich gegen ihn ohne weiteres auf Erfüllung des Vertrages, und er wird nicht im Stande sein mir eine begründete Einrede entgegenzusetzen.

Die Werkverdingung ist ein Konsensualvertrag; dieser könnte etwa durch mutuus dissensus wieder aufgehoben worden; er wird es aber nicht durch einen Zufall, der die Leistung des Unternehmers nicht unmöglich macht. Hier wirkt der casus nicht liberierend. Der casus, der die Teilausführung vernichtet, ist auf die Verbindlichkeit des Unternehmers ohne Einfluss, er lässt die Obligation bestehen.

Das beweist l 15 D de verb. obligationibus 45, 1: et ideo haesitatur, si aliqua pars insulae facta sit, deinde incendio consumpta sit, an integrum tempus computandum sit rursus ad aedificandam insulam, an vero reliquum dumtaxat exspectandum, quod deerat? Et verius est, ut integrum ei detur. Hier setzt der Jurist den Fall, der Bauunternehmer habe einen Teil des Hauses ausgeführt und diese Arbeit sei durch Brand vernichtet worden. Dabei fragt er nun nach dem Einfluss dieses Zufalls auf die Verbindlichkeit des Unternehmers. Dass diese auch nach dem incendium noch besteht, setzt er als selbstverständlich voraus; er nimmt nicht an, dass der conductor operis durch das incendium von seiner Verpflichtung befreit worden sei. Er fragt vielmehr nach der Zeit, innerhalb welcher der Unternehmer seiner Verbindlichkeit nachzukommen habe, ob innerhalb des Restes der ursprünglich gesetzten Frist oder innerhalb einer von dem Momente des Zufalls an neu laufenden, vollen Frist.

Wie einerseits diese Stelle dartut, dass von einer dem Unternehmer obliegenden Haftung für einen kasuellen Untergang der Teilarbeit nicht die Rede sein kann, weshalb auch Pomponius entscheidet: et verius est, ut integrum (tempus) ei detur, so ist sie anderseits ein Beleg dafür, dass ein derartiger Zufall ohne Einfluss auf den Bestand der Verbindlichkeit des conductor bei der Werkverdingung ist, dass ein derartiger casus die Obligation des Unternehmers nicht aufzuheben vermag.

Wenn wir demnach kurz das Hauptergebnis unserer Untersuchung zusammenstellen, so ergeben sich folgende Hauptsätze:

Bei der Werkverdingung trägt der Besteller den Schaden aus einem die zur Bearbeitung oder Verarbeitung hingegebene Sache, sowie den mit derselben verbundenen Stoff treffenden Zufall; der Schaden besteht nicht nur in der Entwertung der Sache, sondern auch in der Verpflichtung zur Bezahlung der vereinbarten merces eventuell cum deductione. Die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung des opus trägt bis zur Fertigstellung desselben der Unternehmer, in dem Sinne, dass er vor diesem Zeitpunkte — gleichgiltig, ob Zufall oder „unabwendbarer Zufall" vorliegt — für eine Teilleistung keinen Lohn beanspruchen kann, und ausgenommen den Fall partieller Unmöglichkeit der Leistung, von seiner Verbindlichkeit nicht befreit wird. Perfecto opere detrimentum ad locatorem pertinet. Bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung des Unternehmers sind beide Kontrahenten von ihrer Verpflichtung liberiert.

Zur Literatur:

1. Mommsen, Beitr. z. Obligationenrechte Bd. I. § 31. Bd. III. S. 423 ff.
2. Windscheid, kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, Bd. II. S. 139 bis 142.
3. Wächter, im Archiv für die zivilist. Praxis, Bd. 57 Nr. V., Bd. 15 Nr. VI. und IX.